

"MENDEZ CASTELLS, ESTELA BEATRIZ C/ COLEGIO DE LA ABOGACIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO (FERIA JUDICIAL -N° 6271)". PG 45728.-

EXCMO. TRIBUNAL:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,

Procurador General, contestando la vista conferida, a V.E. digo:

I.- Ante el fallo que hace lugar a la acción, deducen apelación el Estado Provincial y el CAER, fundando sus agravios en los memoriales que aportan.

II.- La presente acción se instaura a fin que se ordene al Colegio de la Abogacía de Entre Ríos a que proceda de inmediato a rehabilitar la matrícula de la actora sin necesidad de tener que suspender la percepción de sus haberes previsionales, y declare la inconstitucionalidad del inc. g) del art. 41.1 de la Ley N° 10855 y la nulidad de la Resolución N° 34297 CAER.

III.- En primer lugar, la vía de la acción de amparo es adecuada, y no la acción de inconstitucionalidad, dado que quien acciona, habiendo formulado una presentación ante el Colegio de la Abogacía, impugna la resolución emitida por el mismo a través de la cual se deniega el derecho que considera vulnerado. Así la acción se dirige contra la Resolución del CAER que aplica una ley inconstitucional y de esa manera vulnera derechos de la

amparista.

Además, advertimos que el agravio de la accionante es actual, ostensible y palmario, lo que implica la posibilidad de su planteo e impone su resolución a través del amparo. Lo cual es aplicable también para rechazar el argumento de que debería acudir por la vía contencioso administrativa, a través del proceso ordinario que contempla la ley 7061, lo que es fundadamente rechazado por el fallo aquí apelado.

Asimismo, la presente acción guarda estricta similitud con los casos "**VIRGALA PABLO ANDRES C/ COLEGIO DE LA ABOGACIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO**" y "**CASTRILLON, Emilio Aroldo Eduardo C/ COLEGIO DE LA ABOGACIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO**", ambos con fallos de VE que hicieron lugar a la acción y con dictámenes favorables de éste MPF.

Al igual que en los autos referidos, el cuestionamiento constitucional se alega respecto a la norma que fija: "*...Artículo 41°. No podrán ejercer la abogacía ni la procuración por incompatibilidad: 1. Absoluta a) El Presidente y Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Gabinete, los Ministros, Secretarios y Subsecretarios nacionales y el Defensor del Pueblo; b) El Gobernador y Vicegobernador de la Provincia; c) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Provincial, el Presidente y vocales del Tribunal de Cuentas, Contaduría*

*General y Tesorería General de la Provincia, El Defensor del Pueblo, el Director Ejecutivo de la Administradora Tributaria de Entre Ríos o el organismo que la reemplace, el Jefe de Policía de la Provincia y el Director General del Servicio Penitenciario. d) Los magistrados, funcionarios y empleados judiciales; e) Los Presidentes y Vicepresidentes Municipales; f) Abogados/as y procuradores/as que no cancelen su inscripción como escribanos públicos, doctores en ciencias económicas, contadores públicos, martilleros públicos, o cualquier otra profesión o título que se considere auxiliar de la justicia; **g) Los Magistrados, funcionarios y empleados judiciales provinciales y nacionales jubilados, que no suspendan el beneficio previsional al que accedieron.**". (resaltado propio).*

Lo medular del planteo radica en que conforme la norma referida existe incompatibilidad entre la percepción de la jubilación de los Magistrados, funcionarios y empleados judiciales provinciales y nacionales jubilados, caso de la actora, con la continuidad del ejercicio de la abogacía, lo cual consideramos irrazonable y consiguientemente inconstitucional.

Se advierte que la imposibilidad del ejercicio profesional, sin suspender la percepción de la jubilación, carece de la motivación que impone nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 65, siendo así una limitación infundada al derecho a trabajar con tutela constitucional y convencional.

Además, como afirmara la Sra. Fiscal en su dictamen de autos "**VIRGALA**": "...No se comprende además el motivo por el cual la normativa exige la suspensión de los haberes previsionales para ejercer la profesión luego de obtener el beneficio de jubilación únicamente para los mencionados en el inc. g, ello sin dudas vulnera el derecho de igualdad de las personas, reconocido por nuestra carta magna. La prohibición que contiene no explica por sí sola el propósito del legislador ni el interés público comprometido en su aplicación. Su observancia, por otra parte, reclama que la norma se funde en circunstancias justificantes, esté inspirada en la consecución de un fin de interés general, disponga el empleo de medios adecuados y proporcionales con ese propósito y, entre otros recaudos, no conduzca a generar una situación de inequidad manifiesta (doctr. causas I. 1.164, sent. de 7-VII-1983; I. 70.772, sent. de 11-IV-2018 e I. 74.078, sent. de 19-IX-2018, entre otras)".

Así, el inciso cuestionado impide el ejercicio de la abogacía a los Magistrados, funcionarios y empleados judiciales provinciales y nacionales jubilados, *si no suspenden el beneficio previsional al que accedieron*, pero no impone ésta suspensión a los demás enumerados en el artículo en cuestión, lo que conlleva una evidente discriminación por violación del derecho de igualdad previsto en nuestra Constitución.

No existe razón suficiente que justifique declarar

incompatible la percepción de la jubilación con el trabajo por cuenta propia como abogado. Ello pues, resulta contrario a los principios de igualdad, de razonabilidad y de progresividad de los derechos sociales. De todo ello se colige, que la norma impugnada, carece de sustento razonable en franca violación del art. 28 de la CN y desnaturaliza el derecho constitucional a trabajar. (cfr. nuestros dictámenes en "**Vírgala**" y "**Castrillon**").

Todo lo expuesto convierte a la norma atacada en carente de razonabilidad deviniendo así inconstitucional por violentar el artículo 28 de la Constitución Nacional y el artículo 5 de la Constitución Provincial.

El principio de razonabilidad implica una garantía derivada de la división de poderes, con controles entre todos ellos y fronteras para el ejercicio de las atribuciones de cada uno de los órganos de poder. Debe leerse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14 CN que fija los límites reglamentarios al Congreso de la Nación, concluyéndose de ambos artículos que los derechos no son absolutos en su ejercicio, la capacidad reglamentaria tiene límites y las leyes no deben alterar los principios, los derechos y las garantías. Y con alterar debe entenderse una afectación sustantiva, desnaturalizadora del principio derecho o garantía que inutiliza el núcleo central de éstos. (cfr. **Gelli; María Angélica; "Constitución de la Nación Argentina", Comentada y Concordada, Tercera Edición Ampliada y Actualizada; Editorial La Ley; año 2006**).

El artículo 28 es una suma de garantías de limitación al poder y se irradia hacia todas las disposiciones constitucionales, anteriores y posteriores, y las incorporadas en otras reformas porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación, básico del estado de derecho que implica sujeto a reglas, a leyes, no a persona alguna.

De allí que reiteramos la falta de fundamentación adecuada de la norma cuestionada y ello implica, en el presente caso, una alteración sustantiva, hasta la fulminación, del derecho a trabajar de raigambre Constitucional.

En definitiva, la prohibición que contiene la norma impugnada implica una arbitrariedad manifiesta con grave afectación al derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, consagrado en el art. 14 de la CN, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cláusula XIV, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se vulnera también el derecho a la igualdad previsto en el artículo 16 de la CN.

En muchos casos de control de Constitucionalidad, -la tarea más delicada de la Judicatura-, hemos considerado que *la legitimidad Institucional del control de constitucionalidad frente al principio democrático que da fuente al legislador, pese a no derivar de las*

mayorías eleccionarias, no se cimenta en un supuesto acceso privilegiado a la Razón en los Jueces al uso del idealismo platonista, ni que de un modo paternalista la judicatura haga valer sus juicios de valor moral frente a la "irracionalidad" legislativa.

*La fulminación de una norma, entonces, debe llevarse a cabo en el caso concreto, solo ante lo que aparece como contradictorio con el principio del discurso. Esto es, que **sujetos racionales en el marco de una comunicación leal -dirigida al acuerdo**, sin coerciones, en igualdad, con pretensiones de universalidad-, **no podrían hacer valer estos contenidos o su procedimiento formal como compatible con el mejor argumento, sino simplemente como acto de poder.***

Es que el control jurisdiccional de constitucionalidad, se deriva de la superioridad o prioridad de los Derechos Fundamentales frente a la legislación parlamentaria, -como el caso bajo análisis- o del ejecutivo, o aún hasta incluso del Convencional reformista, con mayor rigurosidad obvio, condiciona su legitimidad a que la inconciliabilidad se demuestre en el caso como flagrante.

Robert Alexy trae para ello la "**fórmula de peso**", a resultas de la cual quede un grave desbalance que justifique como "**correcta**" en base a la teoría del discurso, la declaración de contradicción del producto legal con la Constitución (confr. Alexy, R. exhaustivamente en "**Teoría de los Derechos Fundamentales**", 2a. Ed., Trad. y

estudio previo de Bernal Pulido, sobre todo su epílogo, pág. 511 y sig. Ed. C.E.P. y C); idem nuestro dictamen en **"GILES ALICIA Y OTROS C/CONSEJO GENERAL DE EDUCACION DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ACCION DE AMPARO"**, 1/3/16, entre otros; **"A.G.M.E.R. c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/AC. DE INCONSTITUCIONALIDAD REC. INAPLICABILIDAD DE LEY"**, del 6/10/10).

Ello nos remite a un procedimiento de ponderación (weighing) mediante una fórmula de peso, en operaciones argumentales de **subsunción, balance y comparación** (confr. aut. cit., en "Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación", en LL,9/10/08)".

En un sentido similar lo expresa de un modo exhaustivo el ex presidente de la Corte de Israel, el filósofo Aaron Barak, (confr. "Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones", -trad. Viila Rosas-, 2017, Ed. Palestra, Perú, 419 y sig.), incluso citando decisiones propias: *"...La moderación judicial no equivale a estancamiento..."* *"...Así cuando el legislador restringe un derecho humano que está constitucionalmente protegido y la restricción no es proporcional, el juez no tiene mas opción que asumir una postura muy clara.."*. Pero esta prudencia no equivale de ningún modo a "deferencia" hacia el Legislador o Ejecutivo, -término en inglés que a veces no ha sido empleado como "respeto", sino con una adición que

implica sumisión, y que Barak critica acertadamente.

Y para verificar si la restricción, -no importa sobre cual tema-, excede la proporcionalidad o se mantiene en la zona propia Barak emplea el baremo o "test de la "conexión racional"; de "necesidad"; el del "medio razonablemente menos restrictivo, y hace jugar allí a la "ponderación", - como proporcionalidad en sentido estricto.-

Este juego ponderativo propio del discurso ilocucionario y de pragmática iusfilosófica de la mas alta racionalidad como parte de la llamada "democracia deliberativa", es el propio del Poder Judicial.-

No se trata de "Jueces Filósofos", ni una indebida calidad legisferante usurpada por éstos, ni en el otro extremo de una sumisión a cualquier "razón de Estado" o paráfrasis que supongan complacencia con el poder de turno.-

La cautela hermenéutica ante la mas delicada de las tareas de legitimidad de la iusdecisión válida, es la que ha guiado desde antaño la interpretación normativa en V.E., de manera de contribuir desde la pragmática jurisdiccional al "*desarrollo continuador del Derecho*", en lo que se ha llamado la *interpretación conforme a la Constitución*, como asimismo la "*orientada a los fines de la Constitución*", al decir del Tribunal Constitucional alemán.-

Esta visión "ponderativa" fue destacada incluso por un iusfilósofo analítico como el colega Rosenkrantz en la "Lauda" como Honoris Causae a Robert Alexy en la UBA

hace unos años.- Decía éste con razón que uno de los méritos mayores de la teoría Alexyana era evitar la sobreconstitucionalización, que deriva de tratar los conflictos normativos como si se tratase de reglas, es decir en la estructura binaria "injusto/Derecho"; "licito/ilícito". En cambio su distinción capital, -reglas/principios-, permite que la colisión principialista se pondere en rango de rendimiento y solo recién su quebranto grotesco e insuperable dar lugar a la tacha, (confr. el voto de la Sra. Vocal Dra. Mizawak en **"FORO ECOLOGISTA DE PARANA (2), Y OTRO C/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO"**, de fecha 14/5/19 que compartimos in totum y al que remitimos).-

Pues bien, como hemos dicho *supra* el caso bajo análisis encuadra precisamente en una grosera y casi ridícula decisión legislativa que quebranta de manera evidente Derechos Fundamentales, en una discriminación tan burda como si la Norma rezara la interdicción para ejercer la abogacía a quienes fuesen de raza negra o de religión judía, o con determinada orientación sexual.-

El origen etimológico de la palabra "*discriminación*", que se traduce en el acto de habla "*discriminar*" alude al verbo del latín "*cribare*", derivado de "*criba*" que era un cuero con pequeños hoyos por los cuáles se separaban los granos mas gruesos de los finos, -nuestro criollo "colador", de allí al revés "acribillar" tiene ese sentido

de "agujerear" con balas).

Pues bien, del sentido originario de "separar" o "distinguir", ha derivado por influencias sociológicas del inglés "*to discriminate*" al sentido moral de diferenciar o marginar por motivos injustos, vgr. raciales, de género, políticos, etc.-

Y asombra que sean precisamente personas formadas en Derecho que pretendan justificar semejante desatino que los coloca en una paradójica cuasi "*ignorantia iuris*", **y que pese a dos sentencias de V.E. que les espetan tal grosería continuen insistiendo.-**

La condición de habilitar a quien acciona al ejercicio de la abogacía *solo si previamente* deja de percibir su beneficio previsional, condición ésta que además no se impone a las otras personas mencionadas en los demás incisos del artículo, llevada *ad absurdum* supondría para los casos analogados *supra* a que podrían habilitar su matrícula si abandonan la religión, tiñen su color o reencauzan su preferencia sexual.-

No hay método mejor en teoría de la argumentación que el razonamiento *ad absurdum* para desnudar falacias, es decir argumentos falsos.-

IV.- Lo que resulta mas trascendente a esta inopinada insistencia es que, de quedar firme esta tercer declaración de Inconstitucionalidad, operaría la cláusula derogatoria introducida por la Reforma Constitucional de 2008, como consecuencia necesaria del quebranto de la

supremacía Constitucional.-

En efecto, como es sabido, la Reforma aludida agregó a la cláusula original de "supremacía Constitucional" ,-antiguo art.33-, la potestad y competencia de los Magistrados a declarar el quebranto de oficio "*al advertirlo*", lo cual ya era una conclusión unánime en la doctrina, pero fue mas allá e innovó sancionando que **"La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial produce su derogación en la parte afectada por el vicio...**, (art.60 in fine).-

La innovación obedece a que nuestro sistema originario -comúnmente denominado "*difuso*" otorgaba dicha potestad de control de Constitucionalidad ,-hoy también de Convencionalidad-, a cualquier Magistrado pero sin consecuencia derogatoria, sino con validez en el caso.-

Se ha agregado entonces a este sistema tradicional una consecuencia que es propia de los sistemas de Control de Constitucionalidad unificados ,-con Tribunal Constitucional-, propios del ámbito Europeo desde los aportes de Kelsen, pero condicionando esta sanción derogatoria a que el máximo Tribunal Provincial lo decida en tres fallos firmes.-

Esta sanción, coherente con la cláusula de supremacía de las Normas Fundamentales sería una óptima solución de justicia para este desacierto legislativo.-

V.-Por las razones dadas opinamos que VE debe

hacer lugar a la acción confirmando la declaración de Inconstitucionalidad de la norma aludida.-

PROCURACION GENERAL, 18 de febrero de 2025.-

GARCIA
Jorge
Amilcar
Luciano



Firmado
digitalmente por
GARCIA Jorge
Amilcar Luciano
Fecha: 2025.02.18
21:43:08 -03'00'

